

“Excluir a criminalidade, porque o ofendido não promoveu o processo criminal, é conferir ao agente um “bill” de indenidade”

Sobre o projeto da nova Lei de Imprensa

(Palestra em painel realizado na Universidade de Brasília, Departamento de Direito, Curso de Mestrado, sobre o projeto da Nova Lei de Imprensa, de autoria do senador Josaphat Marinho)

Luiz Vicente Cernicchiaro

O ilustre senador Josaphat Marinho apresentou o Projeto de Lei do Senado nº 173, de 1991 — Dispõe sobre a liberdade de imprensa, de opinião e de informação, disciplina a responsabilidade dos meios de comunicação e dá outras providências. Entremostra preocupação de ajustar a matéria à nova ordem constitucional, cujas normas básicas estão no art. 5º — é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato (inciso IV) e é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem (inciso V).

Algumas considerações fazem-se necessárias.

A Lei de Imprensa se justifica como texto paralelo ao Código Penal dadas as características da atividade dos órgãos de comunicação social. Ressalta-se, entre elas, a transmissão do pensamento que ganhou especial impulso com a descoberta da imprensa e hoje se utiliza de sofisticada técnica, capaz de transmitir a idéia a distância e alcançar ilimitado número de destinatários.

O Direito é fato e norma, valorados em determinado momento. É cultura, historicamente vista. O fato motiva a norma. A técnica moderna precisa ser considerada para crítica da própria norma.

O homem, sem dúvida, é o destinatário da comunicação. Todavia, para justificar uma lei especial, imprescindível se faz sublinhar o seu fim. Nenhuma lei pode ser pensada, desprezada sua teleologia.

Estas observações vêm a propósito da definição de “meios de comunicação social”, fornecida pelo art. 1º, parágrafo único do Projeto de Lei de Imprensa de autoria do senador Josaphat Marinho, onde se lê, que somente se ajustam ao diploma legal “desde que explorados ou operados por empresas regularmente constituídas”.

Desloca-se, na espécie, a ênfase da finalidade pela natureza jurídica

da fonte de manifestação do pensamento.

Não é, sem dúvida, a melhor orientação.

Em primeiro lugar, a liberdade de manifestação do pensamento não pode ser restrita à imprensa enquanto organização. Ao contrário, tem amplitude bem maior. Compreende a empresa de rádio, televisão, periódicos e alcança, também, independente da natureza jurídica, qualquer forma de exteriorização de idéias. O jornal acadêmico, a revista de uma sociedade literária, o manifesto de um grupo de intelectuais e o jornal mural do sindicato merecem a mesma consideração das publicações de empresas proprietárias de grandes redações.

Em segundo lugar, não se pode restringir a “livre manifestação do pensamento” às publicações periódicas. Um manifesto, nesse quadrante, não seria considerado forma de manifestação do pensamento. O trato jurídico, então, deslocar-se-ia para o Código Penal.

Vincular a liberdade de manifestação do pensamento ao meio de veiculação é cercear o próprio direito de manifestar o pensamento.

Em terceiro lugar, cumpre distinguir “manifestação do pensamento” da “atividade dos meios de comunicação social”. Num ponto, ambos se identificam — transmitem idéias e reivindicações. Diferenciam-se, porém, quanto ao modo de lançar a mensagem. A primeira é ampla, informal; a segunda, restrita, formalmente organizada.

A Constituição da República incluiu a livre manifestação do pensamento no rol “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”. Não pode, então, a lei ordinária conferir tratamento distinto, considerando, insista-se, a natureza jurídica do expositor, ou o meio de manifestação do pensamento.

Expor o pensamento, de outro lado, visando a um tratamento jurídico diferenciado, não se confunde com qualquer comunicação social, no sentido do homem relacionar-se com outrem. Reclama-se, até certo ponto, tolerância porque a transmissão do pensar, restrito ontologicamente, é vinculada à comunicação de expor reivindicações, buscando catequizar ou manter adesão, coesão de terceiros.

Assim, publicar um anúncio, na seção de classificados, buscando comprador para um objeto antigo, é comunicação social. Não é, porém, a “manifestação do pensamento” que preocupa a Constituição da República. Ali, não há conteúdo ou propósito de transmitir tomada de posição diante de valores que estimulam o homem.

O conceito exposto compreende os atos da ação de manifestar o pensamento. Exemplificativamente, a procura, o recebimento e a difusão de informações.

A comunicação social envolve, também, a informação ao público. Aqui, manifestam-se, primordialmente, o rádio, os jornais e a televisão.

Mais fácil de compreender a notícia, impressão, som e imagem.

Neste ponto, surge um problema: a extensão da licitude da comunicação social.

O projeto preferiu indicar a ilicitude. Com isso, por exclusão, extrai-se o ilícito. A Parte II (Dos Delitos e da Responsabilidade) relaciona as infrações penais e repete o tradicional sistema par cascades.

O art. 5º recepciona os artigos 138, 139 e 140 do Código Penal. Em outros termos, transpõe, sem mais, os crimes de calúnia, difamação e injúria.

Ao fazê-lo, encampa velha polêmica, até hoje, sem solução na doutrina e na jurisprudência. A pessoa jurídica pode ser sujeito passivo da difamação?

Melhor seria tomar posição expressa a respeito, como o fizera o anteprojeto de reforma da Parte Especial do Código Penal.

No particular, preferível o substitutivo do senador José Fogaça, que dedica, apesar da impropriedade de redação, o art. 5º, IV ao pormenor — Divulgar matéria infundada, capaz de abalar o conceito ou o crédito de pessoa jurídica.

Duas passagens do projeto, nesse item, merecem reparo.

De início, comina somente a pena de multa. Registra uma exceção, se o crime é “praticado através de matéria paga”.

Além de injustificável a distinção, o projeto não comina essa sanção.

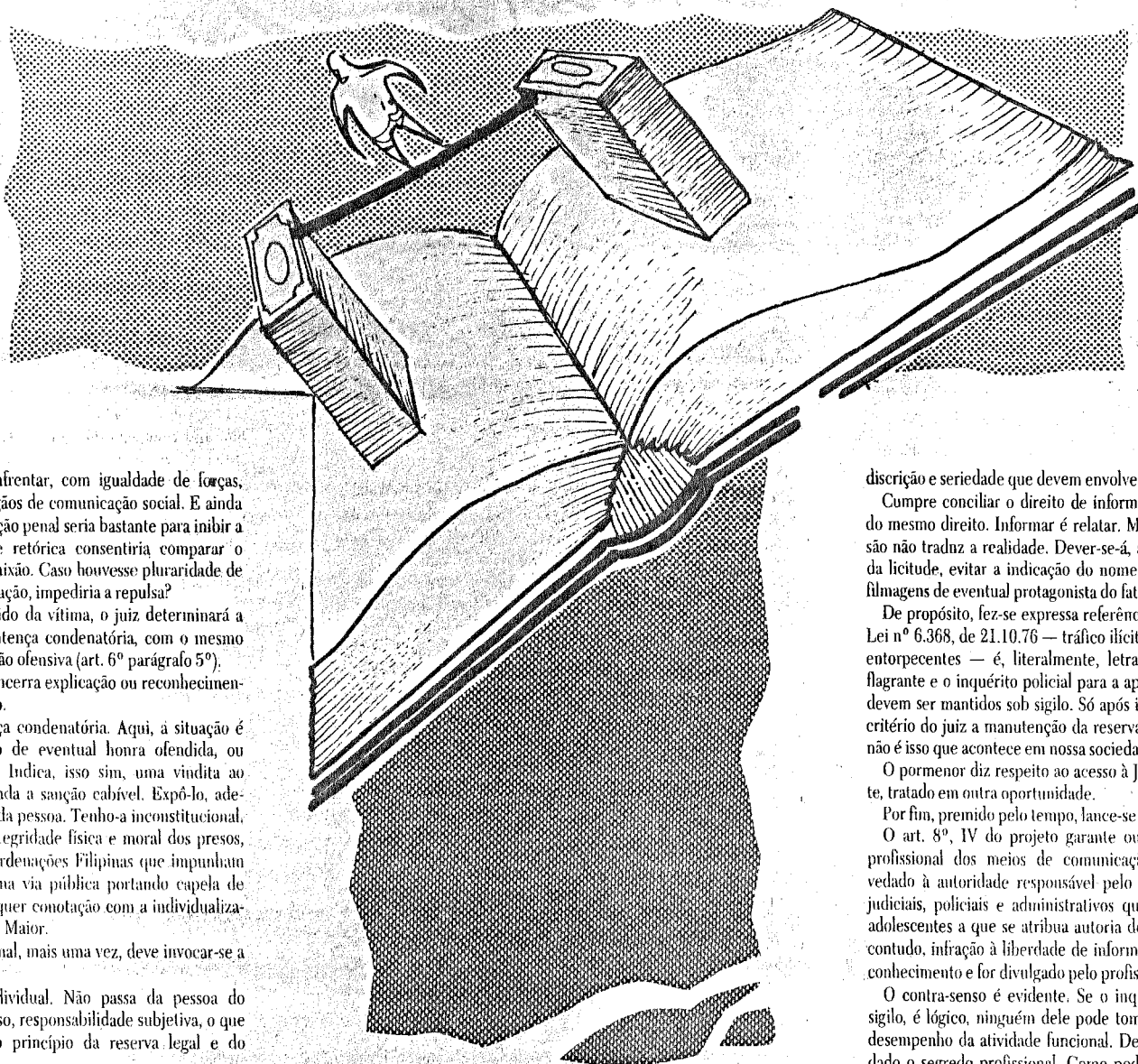
Não é a melhor orientação. Até de duvidosa constitucionalidade. O princípio da isonomia, embora quase nunca invocado, também se aplica no Direito Penal. Em havendo a transposição literal dos crimes contra a honra, não se concebe haver tratamento diverso para agentes do mesmo crime, considerando exclusivamente a qualidade do sujeito ativo. Afastar-se-á o comando de todos serem iguais perante a lei (leia-se, perante o Direito).

Em segundo lugar, deve ser rejeitada estranha excludente de ilicitude. O art. 5º parágrafo 2º ostenta esta redação: “Não é considerada injúria ou difamação a imputação de fato notório ou contra pessoa que, ofendida antes pela mesma crítica, tenha deixado de promover a responsabilidade do ofensor antecedente se a ofensa teve a mesma repercussão”.

A redação não se recomenda. Melhor seria afirmar. “Não constitui injúria ou difamação”. Com isso, proclama-se a atipicidade.

O mais grave, porém, é o conteúdo. Excluir a criminalidade, porque o ofendido não promoveu o processo criminal, é conferir ao agente um bill de identidade. Toma-se o silêncio, e o que é mais grave, a impossibilidade de reagir, como consentimento, ou confissão de veracidade da imputação. É notório e conhecido que poucas pessoas (para não se dizer

“O princípio da isonomia, embora quase nunca invocado, também se aplica no Direito Penal”



nenhuma) têm possibilidade de enfrentar, com igualdade de forças, campanha maciça dos principais órgãos de comunicação social. E ainda estranho: a simples propositura da ação penal seria bastante para inibir a investida maledicente. Imagem de retórica consentiria comparar o ofendido a Judas na sexta-feira da paixão. Caso houvesse pluralidade de ofensas, se uma delas não sofresse reação, impediria a repulsa?

O projeto acrescenta que, a pedido da vítima, o juiz determinará a divulgação da retratação, ou da sentença condenatória, com o mesmo destaque da publicação ou transmissão ofensiva (art. 6º parágrafo 5º).

Quanto à retratação, tudo bem. Encerra explicação ou reconhecimento do autor da notícia ou da irrogação.

Não se diga o mesmo da sentença condenatória. Aqui, a situação é outra. Não representa a reposição de eventual honra ofendida, ou recolocação da verdade dos fatos. Indica, isso sim, uma vindita ao condenado. Como tal, foi-lhe aplicada a sanção cabível. Expô-lo, ademais, à sociedade, toca a dignidade da pessoa. Tenho-a inconstitucional. A Carta Maior impõe respeito à integridade física e moral dos presos, réus e condenados. Relembra as Ordenações Filipinas que impunham ao marido complacente caminhar na via pública portando capela de chifres na cabeça. Sem contar qualquer conotação com a individualização da pena, outro imperativo da Lei Maior.

No tocante à responsabilidade penal, mais uma vez, deve invocar-se a Constituição da República.

A responsabilidade penal é individual. Não passa da pessoa do condenado (art. 5º, XLV). Além disso, responsabilidade subjetiva, o que decorre do contexto moderno do princípio da reserva legal e do princípio da personalidade.

Em sendo assim (o sistema par cascades não pode contrastar com a Constituição), responsável é o autor da ofensa. Assim, o art. 7º do projeto deveria indicar, no inciso I, o que aponta no inciso V — o autor do escrito assinado.

É certo, a publicação ou transmissão pode ser editorial ou de opinião não assinada.

Nesse caso, o autor do editorial ou da opinião não se exime de responsabilidade criminal. Ao contrário, junto com o editor-chefe ou ao responsável pelo órgão de comunicação social, responderão em concurso de agentes. O crime é atribuído a quem realizou a conduta (ação ou omissão) e não a quem a lei aponta (por referência genérica ou presunção) a autoria do fato.

Sem alongar, imagine-se a hipótese de a publicação ou transmissão do editorial ser trazida a público, de modo diferente do autorizado pelo editor-chefe. Apesar do elenco legal, como o delito é conduta, só ao respectivo agente poderá ser imputado. Caso contrário, retornar-se-á ao período da responsabilidade pelo fato de terceiro.

O Sistema par cascades deve ser interpretado consoante os princípios penais modernos, aliás, inscritos em nossa Lex Mater, não obstante a ordem de precedência dada pelo projeto.

O art. 7º, parágrafo 2º também se choca com a Constituição da República, consentindo que a condenação “pelos ilícitos previstos nesta Lei” seja ponderada somente para a “reincidência específica no abuso de liberdade de opinião”. Não o é para a reincidência genérica “ou qualquer outro nos antecedentes penais do condenado”.

Concretamente, a situação é esta: o jornalista condenado, por seu escrito, se vier a praticar, após a condenação, diga-se, o crime de lesão corporal, será tido como primário. Não se conta o delito anterior. Ao contrário, relativamente a outrem, a condenação anterior sempre será computada. Mais uma vez, o princípio da igualdade é desconsiderado.

A Parte III — Dos Crimes Comuns — encerra hipóteses de exclusão de

responsabilidade penal.

A comunicação social deve enquadrar-se nos limites da legalidade. A liberdade de comunicação, conquista democrática, é incompatível com a levandade e a irresponsabilidade (sentido jurídico do termo).

Dessa forma, não se compreende a autorização para o jornalista divulgar segredo de Estado, quando houver funcionário que tenha sua guarda (art. 8º, I). Contemple-se a seguinte hipótese. O funcionário, quebrando dever de ofício, relata o segredo ao jornalista. Este divulga-o. O projeto isenta o profissional de qualquer responsabilidade. Evidentemente, a perplexidade repele a sugestão. Não se concebe jornalismo nesse quadrante.

De outro lado, inconcebível também a exclusão da responsabilidade “quando a ofensa à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas decorrer de informação que tenha como fonte a autoridade pública” (art. 8º, II).

O jornalista, por ilustração, obtém, às vezes provocadamente, a informação da autoridade (o vocábulo, certamente, gerará divergência para a conceituação). Levianamente, ou por mera picaresca, dá ampla divulgação. Nos termos do projeto, nada acontecerá. É relegada, sem dúvida, a conquista constitucional de que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas...” (art. 5º, X).

A mesma situação é contemplada “quando o fato conste de processo administrativo ou judicial” (art. 8º, II, *infine*).

O processo (não se confunde com procedimento) administrativo ou judicial precisam merecer a atenção dos juristas.

Na cultura brasileira, simples imputação de fato, antes do encerramento do inquérito ou do processo, é tida como verdadeira, “verdade provada”. A divulgação se faz ampla, ganha manchetes, fotografias são estampadas, os responsáveis pelo inquérito ou processo dão informações, entrevistas à televisão. O sensacionalismo, muitas vezes, relega a

discrição e seriedade que devem envolver uma investigação.

Cumprir conciliar o direito de informação com o abuso do exercício do mesmo direito. Informar é relatar. Muitas vezes, a primeira impressão não traduz a realidade. Dever-se-á, a fim de guardar os quadrantes da licitude, evitar a indicação do nome e publicação de fotografias ou filmagens de eventual protagonista do fato.

De propósito, fez-se expressa referência à nossa cultura. O art. 26, da Lei nº 6.368, de 21.10.76 — tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes — é, literalmente, letra morta. O auto da prisão em flagrante e o inquérito policial para a apuração dos crimes ali definidos devem ser mantidos sob sigilo. Só após instaurada a ação penal, ficará a critério do juiz a manutenção da reserva a que se refere a lei. Todavia, não é isso que acontece em nossa sociedade.

O pormenor diz respeito ao acesso à Justiça, tema atual e preocupante, tratado em outra oportunidade.

Por fim, premido pelo tempo, lance-se a última observação.

O art. 8º, IV do projeto garante outra excludente de ilicitude ao profissional dos meios de comunicação. Registra o dispositivo ser vedado à autoridade responsável pelo processo a divulgação de atos judiciais, policiais e administrativos que digam respeito a crianças e adolescentes a que se atribua autoria de ato infracional. Não constitui, contudo, infração à liberdade de informação jornalística se deles tomar conhecimento e for divulgado pelo profissional de imprensa.

O contra-senso é evidente. Se o inquérito ou o processo corre em sigilo, é lógico, ninguém dele pode tomar conhecimento, a não ser no desempenho da atividade funcional. Deve, em consequência, ser guardado o segredo profissional. Como pode, então, terceiro que, de uma forma ou outra, teve ciência do fato, ficar liberado para divulgá-lo como melhor lhe pareça?

A contradição, diga-se com respeito, é evidente. Contrastante, ademais, com a Constituição da República, que consente o sigilo em determinados atos (art. 96, IX).

Outros aspectos do projeto são relevantes. Merecem a cuidadosa análise do jurista. Os ilustres companheiros da Mesa, certamente, promoverão a crítica construtiva.

Magistrado, penalista e professor

Luiz Vicente Cernicchiaro, ministro do Tribunal Superior de Justiça, é paulista de Quatá, onde nasceu no dia 2 de novembro de 1929. Diplomou-se em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em 1955. Obteve o diploma de doutor em Direito Penal, em curso de pós-graduação e doutoramento, no Instituto de Direito Penal e Criminologia da Università Deglistudi di Roma, em 1977. Antes, em 1969, já havia obtido o grau de Doutor na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Fez diversos, outros cursos em nível de pós-graduação, principalmente em Direito Penal.

Começou sua carreira como membro do Ministério Público, em 1963, e posteriormente, ingressou na magistratura, em ambos os casos através de concurso público de provas e títulos. Foi desembargador do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, do qual foi presidente no biênio 1986/1988, assim também do Tribunal Regional Eleitoral (1981/1984). Penalista de altíssimo conceito, conferencista nos mais altos foros nacionais, coordenador de faculdades de Direito e professor de diversas matérias jurídicas, na Universidade de Brasília e no Ceub, Luiz Vicente Cernicchiaro é autor de diversos trabalhos e obras consagradas, aos quais veio incorporar-se recentemente o festejado “Direito Penal na Constituição”, escrito em parceria com Paulo José da Costa Júnior.